

判例評釈

〔憲法判例研究〕

性同一性障害者特例法における生殖能力喪失要件の合憲性

——2019年1月23日最高裁判所第二小法廷決定——^(*)

春 山 習

〔事実〕

申立人 X は出生時に女性として登録されたが、男性としての性自認を持つ性同一性障害と診断された者である。X は2014年3月からホルモン療法等を行い、声の低さや骨格筋、乳房などの身体的特徴や外性器の外観は男性に近似しつつあったが、副作用が出たため2016年4月以降、ホルモン療法を中止している。

X は2014年10月23日に岡山家庭裁判所に名の変更許可の審判を受け、X' から X に名を変更した。X は、生殖腺の除去という身体に著しい侵襲を伴う不可逆的な手術することに恐怖を覚え、また、手術をしても身体的に男性になるわけではないこと、身体的特徴を基準に性別を判断する考え方に納得できないことなどの理由から、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という）3条1項4号の要件を満たすために行われる生殖腺の除去手術は受けていない。

X は、女性である A との法律上の婚姻を希望し、2016年3月以降 A 及び A の長男の3人で同居して生活している。同月3日、X と A は B 区長に婚姻届を提出したが不受理となったため、同婚姻届を受理すべきことを命ずる審判を岡山家庭裁判所に申し立てたが、同年8月31日、同申立を却下する審判が出された。

X は、性別の取扱いの変更に、身体に著しい侵襲を伴う戻すことのできない手術を要求する特例法3条1項4号は憲法13条に違反して無効であると主張し、同要件を満たしていなくても X の性別の取扱いを女から男へ変更する審判を求めた。

第一審（岡山家津山支審2017年2月6日）は、立法裁量および立法目的を考慮す

* 本稿の執筆に際して石嶋舞氏より貴重な助言をいただいた。記して感謝申し上げる。

れば「憲法13条に違反するほどに不合理な規定であるということとはできない。」と述べて申立てを却下した。抗告審（広島高決岡山支部2018年2月9日）も立法裁量を強調し、Xの即時抗告を棄却した。これに対してXは最高裁に特別抗告を申し立てた。

〔判旨〕

棄却

法廷意見は次のように述べて、本件規定の違憲性を否定した。

「本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。」

「もっとも、本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に衡量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条、憲法14条1項に違反するものとはいえない。」

鬼丸かおる、三浦守裁判官の補足意見は次のように述べた。

「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である。」「本件規定は、本人の請求により性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件の一つを定めるものであるから、自らの意思に関わりなく性別適合手術による生殖腺の除去が強制されるというものではないが、本件規定により、一般的には当該手術を受けていなければ、上記のような重要な法的利益を受けることができず、社会的な不利益の解消も図られないことになる。」「したがって、生殖腺を除去する性別適合手術を受けていない性同一性障害者としては、当該手術を望まない場合であっても、本件規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほか

に選択の余地がないことになる。」

「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障されるものと解される。」「本件規定は、この自由を制約する面があるというべきである。」

「このような自由の制約が、本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等を総合的に較量して、必要かつ合理的なものとして認められるか否かについて検討」する。①親子関係の「混乱」は極めて限定的なものであること②3号要件の改正および国民の意識や社会の受け止め方において、社会状況が変化していること③国際的な動向の変化という事情はあるけれども、「総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。」

【評釈】

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律⁽¹⁾によれば、同法3条1項各号の要件を全て満たす性同一性障害者は、その者の請求により性別の取扱いの変更の審判を家庭裁判所に求めることができる（3条1項）。この審判を受けた者は、民法その他の法令の適用について他の性別に変わったものとみなされる（4条1項）。本決定は、特例法3条1項各号に定められた要件のうち、4号の「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」という要件について合憲の判断を下したものである。本評釈は憲法学の立場から本決定について検討することを目的とする。⁽²⁾

1. 特例法と本決定の位置づけ

（1）特例法について

性同一性障害とは、特例法2条の定義では「生物学的には性別が明らかである

（1） 2003年法律第111号。

（2） 本決定の評釈として木村草太「性同一性障害特例法の生殖能力要件の合憲性」法律時報91巻5号4-6頁（2019）、上田健介「判批」法学教室464号117頁（2019）、濱口晶子「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.156（2019年4月26日）、同「判批」法学セミナー772号116頁（2019）、渡邊泰彦「判批」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.97（2019年3月8日）がある。

にもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する 2 人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの」を指す。もっとも、性同一性障害 (Gender Identity Disorder) という呼称は近年見直しが進んでいる。性別二元論を前提に、性自認の不一致をそこからの逸脱であるとみなし、一律に病態的なものであり治療が必要なものと取り扱うからである。⁽³⁾したがって、近年は性別違和 (Gender Dysphoria) などの語が採用されることも多い。⁽⁴⁾この問題は後に取り上げるが、判例評釈の性質に鑑み、本評釈は特例法の呼称をそのまま用いることとする。

特例法制定以前は、性同一性障害者が性別変更を望む場合、戸籍訂正 (戸籍法 113 条) によって出生時に登録した性別に錯誤があるものとして性別変更を行う他なかったが、出生時の身体的性別が明らかである以上、⁽⁵⁾錯誤に基づいて変更が認められることは極めて稀であった。対照的に、医学の領域においては性同一性障害への対応が進んだ。1996 年には埼玉医大倫理委員会による「「性転換治療の臨床的研究」に関する審議経過と答申」が、1997 年には日本精神神経学会による「性同一性障害に関する答申と提言」が出され、1998 年には国内初の性別適合手術が埼玉医大で行われた。このような中で、法律上の性別取扱い変更を可能とする法制度を求める声が高まり、議員立法によって 2003 年に特例法が制定された。⁽⁶⁾

特例法 3 条 1 項によれば、列挙された各要件を医師の診断書付きで満たした場合に、家庭裁判所に性別の取扱いの変更の審判を請求することができる。要件は以下の通りである。

- 1 20 歳以上であること
- 2 現に婚姻をしていないこと
- 3 現に未成年の子がいないこと (2008 年改正前は「現に子がないこと」と規定)

(3) アメリカ精神医学協会の発行する精神疾患の診断・統計マニュアルである Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (通称 DSM) の第 5 版 (2013) においてそのような表記変更がなされている。

(4) 針間克己「性同一性障害」から「性別違和」へー診断名変更の背景と日本への影響」日本精神科病院協会雑誌 35 巻 6 号 (2016)。

(5) 大島俊之「戸籍上の性別表記の訂正」『性同一性障害と法』第 4 章 (日本評論社、2002)。

(6) 議員立法の経緯について南野知恵子監修『[解説] 性同一性障害者性別取扱い特例法』(日本加徐出版、2004)。政治学的な観点からの批判について竹田香織「性同一性障害者特例法をめぐる現代的状況—政治学の視点から—」GEMC ジャーナル 1 号 94 頁以下 (2008)。

4 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること

5 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること

性別の取扱いの変更の審判を家裁から受けた者は、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなされる（4条1項）。その場合、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務には影響を及ぼさない（4条2項）。

特例法制定から現在まで、7000人を超える性別変更が認められてきたとされる⁽⁷⁾。もっとも、特例法には批判が多い。その中でも、すでに指摘した性同一性障害の病態化に加えて、性自認の表現は多様であり、違和の程度もさまざまであるという事実を特例法は踏まえていないという批判が重要であろう⁽⁸⁾。性別違和を緩和するために身体的あるいは医療的な介入が必須というわけではないのである。特例法の定義は「身体的に他の性別に適合させようとする」者こそ「真の」性同一性障害者であるという規範性を設定することによって、当事者の生活の質の向上には本来不必要である手術を動機づけたり、身体的な改変までを望まない当事者を「偽の」あるいは「半端な」性同一性障害者であるというメッセージを発信してしまう可能性がある。本件申立人もまた身体的改変を望んでいない。特例法の前提とする性別の規範性を問い直す必要性が指摘されるところである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

(7) 肯定的なものとして根本拓「性同一性障害をめぐる法及び社会制度についての考察」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻106-126頁（2011）、谷口功一「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の立法過程に関する一考察」法哲学年報2003、212-220頁（2003）。

(8) たとえば石田仁編『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008）。実際、特例法上の性同一性障害者の理解と医学上のそれとは大きく異なっている。日本精神神経学会による「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第4版改）」（2018）15頁は身体的性別、ジェンダー・アイデンティティについての診断を「総合して」、「身体的性別とジェンダー・アイデンティティが一致しないことが明らかであれば、これを性同一性障害と診断する」とし、特例法より広い定義をとっている。9頁では「性同一性障害者の示す症状は多様であり症例による差異が大きいこと」および「この多様性は、「生をどのように生きるのか」、そして「性をどのように生きるのか」という価値観ないし人生観の違いに由来する部分が大いことが明らかになった。これは侵すことのできない基本的人権に属するものであって、可能な限り厳に尊重されるべきである。」と述べ、段階的治療の廃止が確認されている。

(9) 吉野寛「「多様な身体」が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core Ethics, v. 4, 383-393頁（2008）。

(10) 吉野・同上のほか佐倉智美『性同一性障害の社会学』122-133頁（現代書館、2006）、吉

各号の要件についてもそれぞれ批判がなされている。⁽¹¹⁾ 1号の年齢要件は、当時の民法上の成年年齢に合わせたものであるが、そもそも20歳という成年年齢の合理性が問題になるだけでなく、医療措置に同意できる年齢として15、16歳でも可能とすべきであるとする説がある。⁽¹²⁾ 2号の婚姻要件は、同性婚が認められていないことから設けられているとされるが、同性婚を一般的に認めることと性別取扱い変更の結果同性婚状態になることは別の事である。配偶者が性別取扱い変更に同意しているような場合にも離婚を強要することやその責任を当事者に負わせている点なども含め、本要件は同性婚や同性パートナーシップ制度の議論の進展と共に再考されるべきであろう。3号は、当初「現に子がいないこと」とされていたが、すでに子がいる当事者は子が死亡しない限り性別変更できないことになり、子がいない当事者あるいは婚外子はいくらでも認知していないために要件を満たすことになる当事者と比べてあまりに均衡を欠くと批判を受け⁽¹³⁾、2008年に改正がなされ、未成年の子に限定された。もっとも、本要件は「子の福祉」が理由とされているが、親の法的な性別変更を成年になるまで認めないことはむしろ現実生活において子の福祉に反するのではないかという更なる批判がありうる。⁽¹⁴⁾ 4号は本件で問題になるものであるから後述する。5号の外観要件については、外性器の外観や形状のみによってその者が男であるか女であるかを判断なし予見すべき場面は現実には極めて限られるのであり、そのようなわずかな社会的利益のために重大な身体への侵襲を要件とすることは均衡を欠くとの批判がある。⁽¹⁵⁾

(2) 本決定の位置づけ

特例法の各要件についての裁判例はいくつか存在する。代表的なものとしては、特例法3条1項1～5号の5要件すべてについて、「いずれも十分合理的根拠があるもの」であり「立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法13条に違反するものでない」とし、また憲法14条1項

澤京助「性同一性障害」概念の普及に伴うトランスジェンダー解釈の変化」ジェンダー研究19号193-202頁(2016)など。

(11) たとえば谷口洋幸「性自認と人権—性同一性障害者特例法の批判的考察」法学セミナー753号51-55頁(2017)。

(12) 棚村政行「性同一性障害をめぐる法的状況と課題」ジュリスト1364号7頁(2008)。

(13) たとえば二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(2) —判例法を読む—」戸籍時報559号2頁(2003)。

(14) 同上。

(15) 根本・前掲注7) 114頁以下。岡田高嘉「ステレオタイプと差別—トランスジェンダー差別に対する憲法学的考察—」広島法学42巻1号324頁も参照(2018)。

に違反するものでもない」と判示した2005年東京高裁決定、2008年改正前の3号要件（子なし要件）について合憲判断を下した2007年の2件の最高裁決定⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾がある。これらはいずれもごく簡単に特例法の合理性を認め、合憲としている。本決定は、簡潔ではあるけれども、特例法の4号要件についての最高裁による初めての憲法判断であり、憲法適合性について「不断の検討」を要するとした点、および鬼丸かおる、三浦守裁判官による補足意見がより踏み込んだ判断を示し、強く違憲の疑いを示唆した点が注目される。

2. 判断枠組み

本件一審は、本法の「内容が合理性を有する限り」立法裁量の範囲内であるとし、4号の合理性については2005年高裁決定の文言を繰り返して合憲とした⁽¹⁸⁾。原告はこれに対し、「自己の認識する性と異なる性での生き方を不当に強制されない」ことは「個人の幸福追求権と密接にかかわる事柄」であり「個人の人格権の一内容をなす」と認めた。しかし、当該人格権の内容それ自体が「具体的な法制度をまわって初めて具体的に捉えられる」ものであるとし、権利性を相対化する。権利の内実の形成それ自体が「基本的に立法府の裁量」であるというのである。そのうえで4号の合理性については「元の性別の生殖能力に基づいて子が誕生した場合には、現行の法体系で対応できないところも少なくないから、身分法秩序に混乱を生じさせかねない」とし、合憲とした。

本決定は、立法裁量という言葉は用いずに、規定の目的、制約の態様、現在の社会的状況等を「総合的に較量」している。しかし判断の過程は不透明であり、考慮されるべき要素を列挙しているものの、判断枠組みと呼べるほどの内実は存在しない。この点は権利制約の問題にかかわる。

3. 権利制約

本件で問題になっている憲法上の権利について以下検討する。この点、生命の危険も伴う外科手術要件を課すことによる身体への侵襲を受けない権利への制約を直ちに指摘できるだろう。実際、法廷意見は、性同一性障害者によっては性別

(16) 2005年5月17日東京高決家月57巻10号99頁。判例評釈として大島俊之「判批」民商法雑誌134巻3号503頁（2006）以下、種村好子「判批」判例タイムズ1215号118-119頁（2006）。

(17) 最決2007年10月19日家月60巻3号36頁、最決2007年10月22日家月60巻3号37頁。

(18) 評釈として後掲・高井のほか濱口晶子「判批」法学セミナー754号104頁（2017）、佐々木雅寿「判批」法学教室443号137頁（2017）。家族法学者による評釈は渡邊泰彦「判批」『新・判例解説 Watch 21』111-114頁（2017）参照。

(19) この部分は夫婦同氏規定に関する最高裁判決（最大判2015年12月16日民集69巻8号2586頁）を参考にしたと考えられる。

変更の審判を受けるために望まない手術を受けることが有り得ることを認め、「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない」とした。補足意見は憲法13条に依拠している。

もっとも、憲法13条がこのような自由を保障しているかについては、明確な最高裁判例は存在しないように思われる。エホバの証人輸血拒否事件は宗教上の信念に基づいて医療行為を拒否する「意思決定をする権利は人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示しているのみであって、身体への侵襲それ自体を保護しているかは明確とはいえない。⁽²⁰⁾ もっとも、そのような判例が存在しないのは、意に反する身体への侵襲は傷害罪や不法行為法、国家賠償法などによってすでに保護されており、あえて憲法を持ちだす必要がないからであって、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を規定する憲法13条がそのような権利、自由を保障しているのは当然であろう。⁽²¹⁾ 意に反して身体への侵襲を受けない権利は、当然強い保障を受けると解される。それにもかかわらず、本法は、生殖能力を喪失させ（4号）、性器の外観も変更しなければならない（5号）という甚大な制約を課すものである。

さらに、4号要件はリプロダクティブ・ライツへの重大な制約でもある。補足意見も、4号要件の充足は「生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす」ものであると述べている。旧優生保護法に基づく強制不妊手術について政府の「反省」と「おわび」が明記された救済法が2019年4月24日に成立したところであるが、それに比すべき権利制約が行われているのである。このような権利制約が正当化されるべき事情は容易には想定しがたい。⁽²²⁾

それにもかかわらず合憲となった一つの要因は、権利制約について「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない」という曖昧な表現にあると考えられる。権利の直接的な制約ではなく、態様の問題、程度の問題に相対化しているのである。補足意見と異なり、根拠となる憲法条文も明示していない。

これは、本法の紹介において指摘したように、当事者は身体的に他の性別に近づこうとしているのであり、外科手術もその一環であるがゆえに、本人が望んで

(20) 最判1999年2月29日民集54巻2号582頁。

(21) 高井裕之「判批」『法律時報増刊 新・判例解説 Watch 21』39頁（2017）。

(22) 國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集日本文化学科編52巻8-10頁（2004）。

(23) 特例法のリプロダクティブ・ライツの侵害を指摘するものとしてたとえば大河内美紀「性と制度」法学教室440号49頁（2017）。

(24) 木村・前掲注2）6頁。

いることは権利制約にはなりえないという前提が存在しているからであると考えられる。確かに、「その意思に反」することなく要件を充足する、すなわち望んで外科手術を行い、性別取扱い変更の審判を受ける当事者も相当数存在するはずであり、そうした当事者にとって権利制約は存在しないようにみえる。さらにいえば、特例法は、性同一性障害という「病気」の人のために、一定の「治療」を経た者に「特別に」性別取扱いの変更を認めてもよいという法律であり、むしろ権利創設的な規定なのであるから、権利制約があったとしても副次的なものに過ぎない、と考えられている可能性がある。しかし、二つの理由から、本要件は直接的な権利制約と考えるべきである。

第一に、意思に反して手術を受けざるをえない当事者が存在する以上、少なくともその権利制約は相対化することができないからである。補足意見が述べるように、特例法により性別取扱いの変更の審判を受けることは、当事者にとって「切実ともいうべき重要な法的利益」であり、手術を受けるかどうかは単純に本人の意思次第であるとはいえない。実際、本決定の申立人はまさに性別変更のために、「上記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受け」ざるをえない状態に置かれているのであり、「制約する面もある」どころか、典型的な権利制約事例のはずである。したがって、法令違憲はともかく適用違憲は成立するはずであるとの指摘がなされることになる。

第二に、第一の点にかかわらず、憲法上の自己決定権あるいは人格権に基づき、性自認に法的性別を合致させることが原則であると解され、それゆえに、その合致を達成するために極めて高い障害を課す本要件は当該権利を制約するからである。性別取扱い変更のために一定の制度を必要とするからといって必然的に広い立法裁量が導かれ、権利制約が相対化されるわけではない。

補足意見が正当に述べるように、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のもの」である。したがって、それに基づいて生き方を選択するという意味で自己決定権ないしは人格権の問題に関わる。⁽²⁵⁾ もっとも、これは法的性別を、自由に「個人の意思によって左右されるべきもの」として主張するものではない。⁽²⁶⁾ そもそも性自認は自らの意思で変更できるものではないからである。そうではなくて、性

(25) 木村・同上は「ベースライン」論でこの点を説明する。

(26) 高井・前掲注21) 40頁。また、高井は違憲な条件の法理の適用を示唆する。

(27) 小島慎司「判例における「制度的思考」」法学教室388号13-22頁（2013）。

(28) 嶋崎健太郎「個人の尊重」法学セミナー593号10-12頁（2004）。

(29) 濱口・前掲注2) 4頁。これに対して南野・前掲注6) 77頁、90頁は法的性別は「自由に」変更できるものではないとし、特例法を正当化する。

自認と法的性別の一致は自己決定、自己実現を十全に実現するための前提を構成する。したがって、法的性別と性自認の一致こそが原則なのであって、性自認とは異なる法的性別にしたがって社会生活を送るよう強制すること、あるいは性自認にしたがって法的性別を変更することに高すぎる要求を設けることは憲法上の権利への制約である。嶋崎健太郎も、憲法13条の「個人の尊重」および自己決定権の問題として戸籍上の性別変更を捉え、特例法の要件を自己決定権への「制限」⁽³⁰⁾として把握すべきことを主張していた。

そうだとすれば、抽象的な「戸籍上の性別を変更する自由」が認められるかという問題を立てることは意味をなさない。そのような問題設定は、生物学的に決定されている性別を（その意味で変更不可能なはずなのに）任意に変更するという「特権」ないし「異常さ」を強調する議論を招きかねず、危険である。当事者は生物学的性別を変更することを望んでいるわけではない。そのようなことは生殖能力を喪失し、性器の外観を変更しても不可能である。当事者が望むのはそうした生物学的性別にとらわれない自らの性自認に応じた取扱いなのではないだろうか。したがって、あくまで性自認と一致した性別取扱いの変更を求める権利、あるいは性自認と異なる性別として取り扱われない権利として構成すべきであろう⁽³¹⁾。

このような権利は比較法的にみても特異なものではない。実際、ドイツでは2011年に連邦憲法裁判所によって、戸籍上の性別の変更のために性別適合手術を求める性転換法8条が違憲とされ、法改正を経るまでは適用できないと判示された⁽³²⁾。そこでは、性自認と法的性別の一致は性的アイデンティティの法的な承認と私的な親密圏の保護を求める権利という、人間の尊厳（基本法1条1項）と結びついた人格権（基本法2条1項）として保障されることがまず確認され、その一致のために不妊手術を求めることはその原則と一致しないとされた。さらに、

(30) 嶋崎・前掲注28)。

(31) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』257-266頁（有斐閣、2010）は、本人の性自認から出発し、その性自認に沿った取扱いを法的、社会的に求めてゆくべきところ、生物学的性別＝戸籍上の性別を絶対的な準拠とすることで、そこからの乖離に理由を求める議論を展開する。

(32) 松村比奈子「戸籍の性別変更と人権」駒沢大学研究所年報19号55-91頁（2001）。本件申立人の主張も参照。

(33) もっとも、この権利が自己決定権か、人格権の一内容かなど権利の基礎づけは難しい問題であり、更なる検討が必要である。

(34) BVerfGE 128, 109. 渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し——性別適合手術と生殖能力について——」産大法学45巻1号31頁以下（2011）、平松毅「制度—性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性」『ドイツの憲法判例Ⅳ』73-76頁（信山社、2018）参照。

性同一性障害に対して性別適合手術が必ずしも常に必要な処置ではないという科学的認識を踏まえ、著しい健康リスクと副作用を伴う手術を要件とするのは基本法2条2項で保護された身体不可侵の権利に対する重大な侵害であると認定した。ここでは生殖能力の保持という利益も身体不可侵の権利に含まれている。以上の理由によって、同条は、性的アイデンティティという人格権と身体不可侵の権利という二つの基本権を十分に考慮していない過剰な要件を設定していると判断された。

また、欧州人権裁判所も同様の判断を示している。2017年の *A. P., Garçon and Nicot v. France* において、性別適合手術を性別取扱い変更の要件とすることが欧州人権条約8条違反であると判断されたのである⁽³⁵⁾。同判決は、8条の私生活の権利に性的アイデンティティへの権利が含まれることを認め、性同一性障害者の性的アイデンティティの承認を本人が望まない外科手術に条件づけることは、私生活の権利の十全な行使と身体の完全性（integrity）への権利の十全な行使の二者択一を迫っているに等しいと判示した。そして身体的および性的な完全性が問題になっているために国家の裁量の余地は狭くなることを指摘したうえで、一般的利益と当事者の利益との間に公正な均衡が保たれていないとして8条の課す積極的義務違反を認定したのである。

以上のドイツ連邦憲法裁および欧州人権裁判所の判決が示すように、4号要件は性別違和を覚える当事者が法的性別を性自認と一致させるに際して高い障害を設けており、それ自体が権利制約であると評価すべきである。中でも4号要件は、生殖能力の喪失という不可逆かつ極めて重大な身体への侵襲を要件としており、極めて強度の権利制約を課している。このことは、仮に当事者が生殖能力喪失を含む外科手術を希望していたとしても妥当する。性別違和への医療的な対応と法的な性別取扱いの変更は質的に異なる問題だからである。実際、ドイツ連邦憲法裁と欧州人権裁判所も法令について違憲、不適合の判断を行っている。

以上のように考えると、特例法3条1項4号はあらゆる当事者について憲法上の権利を強く制約するものであり、容易には想定しがたい極めて例外的な事情がない限り法令違憲と評価すべきである。しかしながら、法廷意見は極めて簡単に二つの立法目的を検討するにとどまっている。合憲性の弁証には甚だ不十分なものであるが、以下、検討したい。

4. 立法目的

本決定は、4号要件との関係で権利制約を正当化する4号の立法目的につい

(35) ECLI:CE:ECHR:2017:0406 JUD 007988512. 本判決について大島梨沙・齊藤笑美子「フランスにおける性的少数者の権利に関する判例の動向」憲法研究4号93-97頁（2019）。

て、原審で挙げられた親子関係の問題による混乱の防止だけでなく、「長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づく」との理由を付け加えた。後者が独立した立法目的と呼べるかは一つの問題であるが、前者の「親子関係の問題による混乱の防止」から検討したい。

原審は「元の性別の生殖能力に基づいて子が誕生した場合には、現行の法体系で対応できないところも少なくないから、身分法秩序に混乱を生じさせかねない」と述べた。もっとも、本決定⁽³⁶⁾と同様に、具体的にどのような混乱が生じるのかについては一切検討していない。恐らくここでいう「混乱」とは次のような事態であると考えられる。4号要件を撤廃した場合、たとえば女性から男性へと性別取扱いを変更した者(FtM: Female to Male。その逆がMtFである)が女性としての生殖能力によって出産すると、法的性別は男性でありながら出産の事実によって母となる。逆にMtFが男性としての生殖能力によって子をもうけ認知すると、認知によって親子関係が成立し、法的性別は女性でありながら父となる。要するに父=男性、母=女性という二分論が維持できなくなる、言い換えれば二人の父、二人の母が存在してはならない、というのが本決定のいう4号要件の「混乱」⁽³⁷⁾の防止の意味なのである。

しかし、石嶋舞によれば、すでに現行法においても同様の「混乱」は生じうるという⁽³⁸⁾。たとえば、2号の非婚要件を充足するために婚姻を解消し、性別取扱い変更の審判を受けたMtFについて、婚姻解消の300日以内に元配偶者が出産した場合である。民法772条によれば嫡出推定が及ぶはずであるが、これは懐胎の時点を基準とするから、当時男性であったMtFは女性でありながら父であるということになる。あるいは、MtFが男性であったときに婚姻関係のない女性との間にもうけ、認知をしていなかった子について、性別取扱いの変更後に認知を行うことができるのか、できるとした場合、女性でありながら父ということになるのか、あるいは、認知には遡及効があるから(民法784条)、3号の子なし要件を満たしていなかったとして性別取扱いの変更が無効になるのか、といった問題がある。さらに、現在の人工生殖技術の発展に鑑みれば、性別取扱い変更の前に

(36) 立法に深く関与した参議院議員監修の逐条解説においても同様である。南野・前掲注6)93頁。

(37) もともとこうした懸念は改正前3号要件(子なし要件)の際に持ち出されていた議論であった。南野・同上89頁。

(38) 以下、石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」早稲田法学93巻1号79-115頁(2017)。もっとも、こうした問題自体は特例法制定前から指摘されていた。大村敦志「性転換・同性愛と民法(下)」ジュリスト1081号62-63頁(1995)。

精子や卵子を保存しておき、変更後にそれを用いて子をもうけることも可能であり、これは特例法によっては防ぐことはできない⁽³⁹⁾。そもそも、補足意見も認めるように、3号の子なし要件が2008年に改正され、「現に未成年の子がいないこと」とされた以上、20歳以上の子については父＝法的な女性あるいは母＝法的な男性であるという事態はすでに生じているはずなのである。

こうした問題がすでに現行法においても生じる可能性があるにもかかわらず、なぜ4号要件をもうけ、経済的にも生命、健康の観点からもリスクのある身体的な侵襲を必須の要件とするのか、混乱を防止するという目的との関連性は全く検討されず、「総合較量」がなされるのみである。また、性別取扱い変更を求める当事者は、社会的には自らの性自認に従って生活していることが多く、社会的には二人の母、二人の父はすでに存在している。むしろ、社会生活上の性別と法的な性別取扱いが一致しないほうが現実には「混乱」をもたらすであろう。したがって、渡邊泰彦が指摘するように、混乱や問題は「子ではなく、戸籍について生じる」のである⁽⁴⁰⁾。しかし、戸籍上の混乱はそれとして解決すべき問題⁽⁴¹⁾であって、そのような理由で当事者の憲法上の権利を制約することは許されない。

以上のように、親子関係の混乱の防止という立法目的は、4号要件を正当化するにはあまりに薄弱である。おそらくそれを理由として付け加えられたのが「長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮」という立法目的である。一種の激変緩和措置として4号要件をみなしているといえよう。この要件によって、社会状況の変化などに鑑みて合憲性を不断に検討する必要性が導かれ、「現時点では」と留保付きの合憲判決が下されることとなった。激変緩和措置である以上、当然の帰結であろう。もっとも、急激な変化を避けるためになぜ当事者の権利が制約されなければならないのか、急激な変化による不利益とは具体的にどのようなものか、どのような変化が生じれば違憲となるのかなど、疑問は尽きない。しかし、実質的には「親子関係の混乱の防止」と径庭はなく、やはり本要件の合憲性の論証としては不十分である。

以上のように、法廷意見の述べる立法目的は、生殖能力喪失という強度の権利制約を正当化しない。本要件は違憲とすべきである⁽⁴²⁾。

(39) 渡邊・前掲注18) 113-114頁。

(40) 同上114頁。

(41) 渡邊・前掲注2) 3頁。

(42) 濱口・前掲注2) 3頁も「端的に違憲としてもよかったのではないかとする。

5. 合憲の理由

以上のように、本要件を合憲とする理由は見出しがたい。実際、鬼丸、三浦裁判官の補足意見は、現在の医学的水準を踏まえ、制約される憲法上の権利を明確に認識したうえで、立法目的について、①「混乱」は極めて限定的なものであること②3号要件の改正など、国民の意識や社会の受け止め方の変化③国際的な動向という3点を指摘し、違憲の疑いを表明するだけでなく、「一人ひとりの人格と個性の尊重という観点」から社会の適切な対応まで求めている。この補足意見は、権利制約を正当化するはずの立法目的を一切擁護しておらず、むしろそれを否定する材料のみを並べており、なぜ反対意見ではないかが疑問に思われるほどである。この補足意見が多数意見の留保に大きな影響を及ぼしたと想像するのは難しくない。その意味で本決定はさほど安定的なものとはいえないだろう。もっとも、そうだとすれば、なぜ合憲判断が下されたのかがなおさら問題となる。

一つの要因として、法廷意見が権利制約の位相を十分に理解しておらず、それゆえにその程度を低く見積もっていることはすでに指摘した。そのほかに、文面には表れていないけれども考えられうる合憲判断の実質的理由として以下の三点がある。第一に、本要件が違憲だとされれば、これまで特例法に基づき性別取扱い変更の審判を受けた7000人を越える当事者についてどのように取り扱うべきかという問題が生じるからである。第二に、法的安定性の問題が生じるからである。とりわけ親族法はさまざまな規定が一体となって婚姻や親子関係を規律しているため、一部分を違憲無効とすることで他法に大きな影響を与えかねない。第三に、国籍法違憲判決における反対意見にみられるように、規定を違憲無効にすることが実質的に新たな制度を創設することと同義である場合があり、それは裁判所による立法ではないかとの批判を惹起する可能性があるからである。いずれも、違憲判断の帰結をどう考えるのかという問題である。

以上のような理由があるとすれば、裁判所としては、たとえ違憲の疑いがあるとしても、当事者の救済や過去の賠償、他の親族法との整合性という問題は国会の任務であり、裁判所の任務ではないということになろう。このように考えると、本決定が珍しい留保つき合憲判断を下した意味をよく理解することができる。この点で想起されるのは、非嫡出子の法定相続分差別規定に関する1995年最高裁決定⁽⁴³⁾である。同決定では、4名の裁判官の補足意見において「時の経過」によって同規定の合憲性に疑いが生じていることが指摘されていた。実際に、その後の2013年決定⁽⁴⁴⁾では、1995年決定を正面から否定はしなかったけれども、状況の変化などの「総合的考慮」の結果、改正されないままであった民法900条4号た

(43) 最大決1995年7月5日民集49巻7号1789頁。

(44) 最大決2013年9月4日民集67巻6号1320頁。

⁽⁴⁵⁾
だし書が違憲とされた。

1995年決定の千種、河合補足意見が述べるように、「時の経過」論は、まずは立法府に法改正を促す意味合いであり、立法を待つことができない程度に法律の合理性が失われてはじめて裁判所による違憲判断を想定する二段構えの議論である。本決定の留保つき合憲判断も同様の意味で理解すべきであろう。もっとも、現時点ではそうした政治的メッセージの効果は疑わしく、国会が4号要件あるいは他の要件を改正する可能性は低いように思われる。とりわけ長期間にわたって与党を担ってきた自民党の⁽⁴⁶⁾ジェンダー観、家族イデオロギーは、改正を妨げる大きな要因となるであろう。そうだとすれば、裁判所が違憲判断を迫られる日はそう遠くないはずである。

以上のような理解にしたがえば、裁判所が仮に将来違憲判断を行う場合、2013年決定のように「種々の事柄の変遷」を実質的な理由とすることが予想される。本決定の文言を用いれば「性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等」に基づく規定の合理性の喪失である。補足意見も、「3号要件の改正および国民の意識や社会の受け止め方」と「⁽⁴⁷⁾国際的な動向の変化」を挙げていた。これは近年の判例にも沿っているようにみえる。

もっとも、すでに本決定の時点で、特例法が制定された2003年と、あるいは3号要件が改正された2008年と比べても、大きな変化が生じていたというべきであろう。たとえば、2013年の最高裁決定⁽⁴⁸⁾は特例法に基づき女性から男性へと性別取扱いを変更した者と婚姻した女性との間で合意に基づいて非配偶者間人工授精(AID)によりもうけた子について、民法772条の嫡出推定が及ぶとした。従来の家族像に基づく法解釈が特例法によって変容を迫られていることの一例といえよう。夫婦同氏訴訟や再婚禁止期間違憲訴訟などの近時の親族法に関する判例もまた、訴訟そのものが「家族制度の理解に関する社会的状況の変化」を示すものである。また、性的マイノリティに対する差別を根絶し、「性自認に従った性別の取扱い」を確立するための日々の活動、運動や日常的な取り組みによって、社会

(45) 憲法学者による評釈として蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号102頁以下など参照。

(46) 本田由紀、伊藤公雄編著『国家がなぜ家族に干渉するのか』（青弓社、2017）など参照。

(47) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法律時報91巻5号41頁（2019）。しかし、本件のように直接的かつ重大な権利制約の合憲性は国民意識や諸外国の事例に左右されるべきではない。本決定の留保は権利論の不十分さの帰結に過ぎない。濱口・前掲注2）4頁もこの手法に疑問を呈する。

(48) 最決2013年12月10日民集67巻9号1847頁。評釈として棚村政行「判批」判例時報2232号23頁。

状況も確実に変容しつつある。国際的な動向も重要である。すでに紹介したように、2011年のドイツ連邦憲法裁判所、2017年の欧州人権裁判所において本要件と同様の規定について憲法違反ないし欧州人権条約違反が認定されている。また、オランダでは2014年に、フランスでは2016年に立法府によって同様の要件が削除されている。⁽⁵⁰⁾ 以上のように、すでに現時点においても違憲判断を行う事情は十分存在していると考えられる。将来においてはなおさらであろう。残る問題は違憲判断の帰結、いわゆる「後始末」の問題である。その本格的な検討は本評釈の領分を越えるが、親族法関連の憲法判例が苦心して編み出してきた憲法判断の手法や諸外国の経験を参考にすべきだろう。

6. 結びに代えて

本件は、性自認と法的性別取扱いの一致は憲法上保護されるにもかかわらず、その条件として、生殖機能の喪失を内容とする身体への侵襲という過度な要件を正当な理由なく課すものであり、本来は違憲と判断されるべきであった。しかし、本決定は、社会状況の変化によっては特例法が違憲となりうるとしながらも、そうした法制度の構築は基本的には立法府に委ねたものと解される。もっとも、違憲の疑いを表明した補足意見および留保付きの合憲判断からすると、さほど安定的な判決とはいえず、⁽⁵¹⁾ 将来的な違憲判断も十分考えられるところである。

特例法の根本的な問題点は、「性同一性障害」を、性別適合手術および法的性別の変更を常に望んでいる者という、現在の医学的見地からは誤った認識に基づいて定義し、かつ、それを性別取扱いの変更を請求するための前提としている点である。⁽⁵²⁾ この点が本決定の権利論の理解の不十分さの原因であろう。特例法は登録された性別と性自認が一致しない状態を一括して「障害」であり「病」であると規定し、性別取扱いの変更をあくまで「特例」とするために、性自認と法的性別の一致や身体への侵襲を権利の問題として把握することを妨げるのである。

(49) 特例法の各要件と諸外国との簡単な比較について藤戸敬貴「性同一性障害特例法とその周辺」調査と情報977号1頁以下(2017)。また、諸外国の例および日本の批准する条約を援用した判例として国籍法違憲判決(最大判2008年6月4日)がある。

(50) 詳しくは石嶋舞「オランダ性同一性障害者法の改正と日本法への示唆」早稲田大学大学院法研論集151号53-78頁(2014)、同「オランダの親子関係と身分登録に関する規定——オランダ民法第1編28条性別取扱変更規定を中心として——」比較法学50巻1号235-251頁(2017)、建石真公子「フランスにおける「私生活の尊重の権利」の憲法規範化」憲法研究4号89-90頁(2019)。

(51) 上田・前掲注2)。

(52) 国際的な比較を踏まえた日本の現状に対する批判として東優子「トランスジェンダー概念と脱病理化をめぐる動向」こころの科学189号66-72頁(2016)参照。

したがって、立法論としては、そうした病態の有無や程度を前提とせずに、性自認と法的性別が異なる当事者を対象とした性別取扱い変更のための法律として、より一般的に構想しなおすべきであろう。というのも、本法は次の二点で過小包摂だからである。第一に、医療的な介入を求める当事者であっても性別適合手術までを欲しない者、第二に、必ずしも医療的介入を必要としないけれども、性自認と法的性別の不一致から性別を変更したい者である。少なくともこうした当事者に対して特例法は意に反する身体への侵襲を課していることになる。性自認と法的性別の一致を原則とすれば、外科手術を含む医療的介入の存在、病態の有無、程度を性別取扱い変更のための必須の条件とする理由は考えにくい。

戸籍や私的、公的な各種書類における性別表示や雇用、教育現場を含む社会生活における差別など、当事者の人権保障のための課題は山積している⁽⁵³⁾。より根底的には、いわゆる生物学的な性別を法的な性別とみなし、父＝男、母＝女を原則とする現行の法体系および社会通念を問い直すことが必要になる。したがってジェンダー論の重要性も認識されるべきであろう。このことは、同性婚あるいは同性パートナーシップの承認という問題も本件に深く関わっていることを示唆する⁽⁵⁴⁾。性的指向である同性愛と性自認の問題である性同一性障害は異なる概念であるが、どちらも日本において社会および法の想定するジェンダーロールモデルからの「逸脱」とみなされている点は共通しているからである。その意味で、同性婚や同性パートナーシップ制度が認められることは、法が想定するジェンダー観および本件合憲判断の基礎となっている「社会的状況」を大きく揺り動かすはずである。

国際的にみれば、人権の尊重を謳う国々において、性同一性障害者を含む広義の性的マイノリティへの権利保障や法的、社会的承認は近年ますます進んでいる⁽⁵⁵⁾。日本でも性的マイノリティの問題は一定程度認知されるようになってきたように思われるし、同性婚の承認などの権利要求運動も高まっている。本要件はそのような潮流に逆行するものである。特例法の問題性、特に身体的要件に関しては研究の蓄積もみられ、イニシアティブを国会がとるか、裁判所がとるか⁽⁵⁶⁾の問題⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾

(53) たとえば二宮周平「トランスジェンダーがおかれている社会の現状と課題」同編『性のあり方の多様性』（日本評論社、2017）参照。

(54) アメリカにおける Obergefell 判決を念頭に置いたものではあるが、David B. Cruz, Transgender Rights after Obergefell, 84 UMKC L. Rev., 693 (2016)。

(55) 概観として山下梓「セクシュアルマイノリティの権利保障をめぐる世界と日本の動き」こころの科学189号14-20頁（2016）参照。

(56) たとえば石嶋舞「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察（上）・（下・完）」早稲田法学93巻4号87頁以下（2018）、同94巻1号103頁以下（2018）。

はあるけれども、近年違憲判決が多くみられる他の親族法関連の規定と同様に、4号要件ひいては特例法も近い将来見直しを迫られざるをえないだろう。

(2019年4月27日脱稿)

(57) 自民党の「性的指向・性自認に関する特命委員会」は2019年3月28日、性的少数者をめぐる理解の増進を図る法案を議員立法として今国会に提出する方針を確認したという（朝日新聞2019年3月29日）。ただし、楽観視できない政治状況について二階堂友紀「政治の現場から」二宮・前掲注53）所収を参照。

(58) 穴戸常寿は、一票の較差訴訟と類似した、国会と裁判所の「キャッチボール」として、通時的に家族法の領域を考える必要性を示唆する（法の支配183号33頁（2016））。